بحث محكم

# المُستَجدَّات الفِقهيَّة في العَمل المصرفي الإسلامي

إعداد

**أ.د. نزيه كمال حماد**

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله في كليَّة الشريعة بجامعة أم القرى سابقًا
الخبير المستشار للعديد من المؤسسات المالية الإسلاميَّة حاليًا

# التمهيد

## في أهمية الموضوع وإشكاليته وتأصيل حلّها

١- إن من المشهور المتداول على ألسنة الفقهاء والباحثين المعاصرين في شؤون المصرفية الإسلامية أن مبنى عمل المصرف الإسلامي على عقد المضاربة، الذي هو أحد العقود المسماة في الفقه الإسلامي، وأن الأحكام الشرعية والضوابط الفقهية التي تُنزَّلُ عليه، وتُجرى على مسائله وجزئياته، وفروعه وتطبيقاته المعاصرة هي ذات الأحكام والضوابط المنقولة إلينا لعقد المضاربة في الفقه الإسلامي الموروث بمجموع مذاهبه ومدارسه واجتهادات فقهائه وتخريجاتهم على مرّ العصور وتعاقب الدهور السالفة، بناءً على أن المودِع المستثمر هو ربُّ المال، والمصرف هو عامل المضاربة.

٢- غير أن النظر الفسيح، والتأمل الدقيق، والمراجعة الفاحصة لما تقرَّر في الفقه الموروث لعقد المضاربة (= المضاربة الفقهية) وما جرى عليه العمل في المصارف الإسلامية بناءً على فتاوى جَمع من الفقهاء والباحثين المعاصرين وقرارات بعض المجامع الفقهية والهيئات الشرعيّة يُظهر عدم صحة هذه المقولة، ويُبرزُ إشكالية في المسألة تحتاج إلى حل؛ وخللاً في التأصيل يحتاجُ إلى إصلاح، والتباساً في الحقائق

والمفاهيم يحتاج إلى رفع وإزالة، ليظهر وجهُ الحقيقة واضحاً جليّاً لا لبس فيه ولا غموض ولا خلل ولا إشكال.

وأضرب لذلك بعض الأمثلة، منها ما يتعلق بأصل عمل المصرفية الإسلامية، ومنها ما يرجع إلى أحكام الخدمات المصرفية التي تقدمها.

٣- فأمّا ما يتعلّق بأصل عمل المصرفية الإسلامية:

(أ) فقد ذهب جماهير الفقهاء في المضاربة الفقهية إلى أن موت ربّ المال موجبٌ لانفساخ عقد المضاربة. غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية أنه غير موجبٍ لذلك، وأنّ عقد المضاربة المصرفية بين المصرف (المضارب) وبين المودِع (رب المال) مستمرٌ بعد موته، ولا ينفسخ بطروء واقعة الموت عليه.

(ب) ولا خلاف بين الفقهاء في المضاربة الفقهية في أنّ عقد المضاربة ينفسخ بموت المضارب. غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية هو عدم تأثر عقد المضاربة المصرفية بشيء اسمه (موت المضارب)، حيث إن موت مدير الاستثمار أو المدير التنفيذي أو غيرهم من العاملين والمسؤولين أو حَمَلَةِ الأسهم لا يؤثر على بقاء المصرف واستمراره ودوام شخصيته الاعتبارية وذمته المالية المستقلة.

(ج) الأصل في عقد المضاربة الفقهية عدم اللزوم في حق الطرفين قبل شروع المضارب في العمل، ولكل واحد منهما فسخه بإرادته المنفردة كسائر العقود الجائزة (غير اللازمة). غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية لزومه في حق الطرفين قبله ما لم تتضمن الاتفاقية بين المصرف وبين المودع (رب المال) خلاف ذلك.

(د) لا خلاف بين الفقهاء في المضاربة الفقهية في أن رب المال لا حق له في الخروج من المضاربة وأخذِ رأس ماله ونصيبه من الربح إلا بعد التنضيض الحقيقي لرأس المال، وأن التنضيض الحكمي لا يقوم مقامه، ولا يَسُدُّ مسدّه، إذ لا يُدرى ماذا سيحصل

بعد التنضيض الحقيقي لمتاعه لو خرج قبله، وأخذ رأس ماله وحصته من الربح المقدّر بناء على التنضيض الحكمي هل سيسلمُ رأسُ ماله من الخسارة أم لا؟ وإذا سلم فكم سيكون نصيبه من الربح إن وقع فعلاً؟ لأن المتاع قد ينحطُّ سعرُه وقد يرتفع وقت التنضيض الحقيقي، كما قال الفقهاء.

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية خلاف ذلك، حيث إن لرب المال (المودِع) الخروج من المضاربة قبل التنضيض الحقيقي لمال المضاربة، واسترجاع رأس ماله مع حصته التقديرية من الربح بناء على التنضيض الحكمي.

(هـ) لا يجوز في المضاربة الفقهية في قول أحد من الفقهاء اقتطاعُ جزءٍ من العوائد والأرباح التي يستحقها المضارب أو رب المال من أجل استخدامِهِ في إطفاءِ خسارةٍ قد تحدث في المستقبل، أو انخفاض في قيمة مجموع الأصول أو بعضها، أو من أجل رفع مستوى الأرباح في حال طروء شيء من ذلك في الفترة أو الفترات المالية القادمة. بينما جرى العمل في المصرفية الإسلامية على اقتطاع المخصصات(١) والاحتياطيات(٢) لتلك الأغراض.

(و) إن رأس المال في المضاربة الفقهية أمانة في يد المضارب، فلا يضمن شيئاً من تلفه أو خسارته من غير تعدّ منه ولا تفريط، وكذلك يؤخذُ بقوله مع يمينه (كسائر

---

(١) المخصص: هو مبلغ يحتجز أو يقتطع من الإيرادات بإضافته إلى المصروفات، لمواجهة الخسارة أو الانخفاض المحتمل الوقوع في قيمة مجموع الموجودات أو أحدها على وجه الخصوص، بحيث إذا طرأ شيء من ذلك، فإن المصرف يكون مستعداً لإطفائه من المبلغ المحتجز في المخصص دون أن يضطرب مركزه المالي نتيجة عدم وجود ما يُمتصُّ به تلك الخسارة أو يُجبر به النقص الناتج عن الانخفاض. ونظراً لأن مبلغ المخصص يقتطع من الإيرادات نتيجة لإضافته إلى المصروفات، فإن أثره المباشر تخفيض الربح الحاصل أو إعدامه. ولذلك يُعدُّ عبئاً ذا وطأة على الربح. (انظر قياس الربح في المصرف الإسلامي للزامل ص٢٤٧، تكوين المخصصات في المصارف الإسلامية للدكتور أسيد الكيلاني ص١١١).

(٢) الاحتياطي: هو مبلغ يتم اقتطاعه من الربح الصافي المتحقق القابل للتوزيع خلال فترة معينة بعد مقابلة الإيرادات بالمصروفات. ومن أهداف تكوين الاحتياطات المحافظة على مستوى مستقر للأرباح التي ستوزّع في المستقبل أو الوفاء بالتزامات مستقبلية معينة، أو دعم وتقوية المركز المالي للمصرف أو المؤسسة المالية بوجه عام. (انظر قياس الربح في المصرف الإسلامي ص٢٤٦، تكوين المخصصات في المصارف الإسلامية ص١١٣).

الأمناء) في نفي وقوع تعدٍّ منه أو تفريط، ما لم يُقم ربُّ المال بيّنةً تثبتُ وقوع ذلك بسبب تعديه أو تفريطه.

أما في المضاربة المصرفية، فإنه لا يؤخذ بدعوى المصرف وقوع الهلاك أو الخسارة بدون تعدّ منه ولا تفريط، ولا يُطالَبُ بتأكيد قوله وتقويته باليمين، ولكن ينتقل عبءُ الإثبات إليه، فيطالبُ بالبيّنة على أن وقوع الهلاك أو الخسارة كان من غير تعديه ولا تفريطه. فإن فشل في إقامتها، كان ضامناً للهلاك والخسارة في نظر كثير من الفقهاء المعاصرين.

٤- وأما فيما يتعلق بأحكام الخدمات المصرفية:

(أ) فإن إيداع مبلغ من المال لدى شخص طبيعي ليحفظه لثالث لا يعتبر قبضاً حكمياً من المستفيد في نظر سائر الفقهاء في الفقه الإسلامي الموروث. أما إيداع ذلك المبلغ في حساب شخص ثالث لدى المصرف مباشرةً أو بحوالة مصرفية، فيعتبر قبضاً حكمياً من المستفيد في نظر الفقهاء المعاصرين.

(ب) لا خلاف بين الفقهاء في المصارفة الفقهية (= في الفقه الموروث لعقد الصرف) في أنه إذا وقعت مصارفةٌ ناجزةٌ بين شخصين طبيعيين بعملتين مختلفتين كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي مثلاً، فَسَلَّمَ مشتري الدولارات بدلَ الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها، وقيَّدَ له بائعها في حساب دائنيه من سجلاته في مجلس العقد القدر المتفق عليه من الدولارات، فإن عقد الصرف باطل.

أما إذا وقعت تلك المصارفة بين شخص طبيعي وبين مصرف له فيه حساب مصرفي بالدولار الأمريكي، فَسَلَّمَ العميلُ له البدل المحدد بالدنانير، وقيَّدَ له المصرفُ في حسابِهِ الدائن بدلها من الدولارات في مجلس العقد، فإن عقد الصرف صحيحٌ في نظر الفقهاء المعاصرين.

(ج) لا خلاف بين الفقهاء في المصارفة الفقهية في أنه إذا وقعت مصارفةٌ ناجزةٌ بين شخصين طبيعيين بعملتين مختلفتين، كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي، فَسَلَّمَ مشتري الدولارات بدل الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها، وأعطاه بائعها في مجلس العقد وثيقة كتابية شخصية تثبت أنه مدين له بثمنها المتفق عليه من الدولارات، مع إحالته على مدين له معيّن بذلك المبلغ، فإن عقد الصرف باطل.

أما إذا أعطاه شيكاً مصرفياً أو شيكاً شخصياً مؤكد الدفع مسحوباً على حسابه بذلك المصرف في مجلس العقد، فيعتبر تسليم الشيك إقباضاً حكمياً لمضمونه، ينوب مناب القبض الحقيقي المطلوب، ويقوم مقامه، ومن ثم يكون عقد الصرف صحيحاً في نظر الفقهاء المعاصرين.

٥- وبناء على ما تقدم، يظهر لي أنه لا بُدَّ لرفع الالتباس، وإزالة الغموض، وحلّ الإشكال فيما سبق بيانه - ونحوه من المسائل والقضايا - من ملاحظةٍ حقيقيةٍ هامة، وهي:

(أولاً) إن جميع أحكام المضاربة في الفقه الإسلامي الموروث لم يرد فيها نصٌ في الكتاب أو السُنَّة، وإنما جرى استمدادها من المبادئ والقواعد الفقهية العامة في تكوين العقود، أو وَقَعَ تخريجها على أحكام بعض أشباهها ونظائرها من العقود الأخرى كالوكالة وشركة العِنَان.

وحتى أصلُ مشروعيتها لا يستند إلى نصّ تشريعي خاصٍّ وَرَدَ فيها، وإنما هو الإجماع؛ إما بناءً على ما حُكي من إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لها على ما كانت عليه في صورتها البدائية قبل الإسلام، أو بناءً على أنَّ الأصل في المعاملات المالية الحلُّ ما لم يرد دليلٌ شرعيٌّ حاظر. وعلى كلا النظرين، فإنه لا يسوغُ اعتبارها أصلاً صالحاً لأن تُقاس عليه المضاربة المصرفية مطلقاً، مع كل ما بينهما من فروق واختلافات.

- قال ابن المنذر: «لم نجد للقراض في كتاب الله ذِكراً، ولا في سنّة نبيه صلى الله عليه وسلم، ووجدنا أهل العلم قد أجمعوا على إجازة القراض بالدنانير والدراهم»(٣).

- وقال الشوكاني: «صرَّح جماعةٌ من الحفاظ بأنه لم يثبت في كتاب المضاربة شيءٌ مرفوعٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، بل جميعُ ما فيه آثارٌ عن الصحابة. وقد وقع إجماعُ من بعدهم على جواز هذه المعاملة، كما حكى غير واحد»(٤). أي من أهل العلم.

- وقال ابن حزم: «كلُّ أبواب الفقه ليس فيها بابٌ إلا وله أصلٌ في القرآن أو السنة نَعْلَمُه ولله الحمد، حاشى القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة. ولكنه إجماعٌ صحيحٌ مجرّد. والذي نقطع به أنه كان في عصره صلى الله عليه وسلم، فَعَلِمَ به وأقرّه»(٥).

- وقال ابن تيمية: «المضاربةُ جوّزها الفقهاءُ كلّهم اتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة، مع أنه لا يُحْفَظُ فيها بعينها سنّةٌ عن النبي صلى الله عليه وسلم. ولقد كان أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة، لأنها ثبتت بالنص، فتُجعلُ أصلاً يُقاسُ عليه، وإنْ خالفَ فيها منْ خالف»(٦).

- وقال ابن القيم: «لقد أقرَّ النبي صلى الله عليه وسلم المضاربة على ما كانت عليه قبل الإسلام، فضارَبَ أصحابُه في حياته وبعد موته، وأجمعت عليها الأمة»(٧).

- وقال ابن قدامة: «فصل: وحُكْمُ المضاربةِ حكمُ شركة العنان في أن كلَّ ما جازَ للشريكِ عملُه جازَ للمضارب عملُه، وما مُنِعَ منه الشريكُ مُنِعَ منه المضاربُ، وما اخْتُلفَ فيه ثمَّ فهاهنا مثلُه، وما جاز أن يكون رأس مال الشركةِ، جازَ أن يكون رأس

---

(٣) الأوسط لابن المنذر ١٠/٥٦١، الإشراف على مذاهب العلماء له ٦/٢٠٦.

(٤) وبل الغمام ٢/١٦٧.

(٥) مراتب الإجماع ص٩١.

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٠١، القواعد النورانية الفقهية ص١٦٧.

(٧) إعلام الموقعين ٣/١٩.

مال المضاربة، وما لا يجوزُ ثمَّ لا يجوزُ هاهنا»(٨).

- وجاء في «مطالب أولي النهى»: «ومضاربةٌ فيما لعاملٍ أن يفعلهُ أولا، وفيما يلزمُهُ، وفي شروطٍ صحيحةٍ ومُفسِدَةٍ وفاسدة كشركةِ عنانٍ، لاشتراكهما في التصرف بالإذن»(٩).

- وعلى ذلك جاء في م(١٨٤٨) من «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد»: للمضاربةِ أحكامُ شركةِ العِنانِ فيما يحقُّ للعامل أن يفعلهُ أو لا يحقّ، وفيما يلزمُه من العمل بنفسه، وفي الشروطِ الصحيحةِ والفاسدة والمُفسدةِ للعقد»(١٠).

(ثانياً) لقد قدَّم لنا فقهاءُ الشريعة السابقون الأحكام الفقهية الاجتهادية – بما تقتضي قواعد الشريعة ومناهج التخريج – لعقد المضاربة في صورته التاريخية البسيطة وفق ما كان معروفاً بين الناس في أزمانهم من أساليب الاشتراك التجاري، وهي تُعَدُّ من الأساليب الابتدائية بالنسبة إلى الشركات التجارية الحديثة – حيث كانت العلاقة فيها تتمُّ بين شخصين طبيعيين، ولمدة محدودة من الزمن، وكان مبناها على عنصري المعرفة الشخصية والثقة – ولم يكن في تلك الأساليب ما يقتضي أو يدعو إلى كونها متمتعةً بشخصيةٍ حكميةٍ (اعتبارية) مجردة، وذمةٍ مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص الطبيعيين الذين يعملون فيها أو يمثلونها، بل إنه لم يُعرف في الفقه الإسلامي الموروث، على مر العصور وتعاقب الدهور شركة من شركات العقد المسماة تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة، وذمة مالية منفصلة عن ذمم الشركاء.

أما المضاربة المصرفية المعاصرة، فهي نوعُ شركة (مساهمة) مبتكرة في الربح والنماء والناتج تتمُّ بين شخص حكمي يتولى إدارة استثمار الأموال المودعة لديه

---

(٨) المغني ٧/١٣٤، وانظر الإنصاف للمرداوي ١٤/٦٤.

(٩) مطالب أولي النهى ٣/٥١٨، وانظر شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣٢٩، المقنع مع الشرح الكبير عليه ١٤/٦٤.

(١٠) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري ص٥٥٣.

(وهو المصرف) وبين شخص طبيعي أو حكمي آخر أو أشخاص يودعون أموالهم عنده لاستثمارها (وهم أرباب المال) وفقاً للطرائق والأساليب التي أوجدها التطور الاقتصادي والتجاري والمصرفي الحديث. ولهذه الشركة شخصيةٌ حكميةٌ مستقلةٌ ذاتُ إدارةٍ موحدةٍ، يمثلها مديرٌ أو مجلسٌ، وتُعتبر في مجموعها بمثابة شخص طبيعي واحد، في أهليتها وذمتها وعقودها وحقوقها والتزاماتها وأموالها. وعَقْدُ المضاربة فيها بحسب تصميمها وهيكلها ذو طابع مؤسسي وطبيعةٍ جماعيةٍ مستمرة، تتصفُ بالدوام والثبات والتجدد التلقائي، والعلاقة بين طرفيها غير قائمةٍ على عنصري المعرفة الشخصية والثقة - كما هو الحال في المضاربة الفقهية - إذ لا يخفى أن المدير التنفيذي أو مدير الاستثمار ومعاونيه يتبدلون ويتغيّرون فيها، والمودعون (أرباب المال) يدخلون ويخرجون، ويحلُّ الواحد منهم محلَّ الآخر، والمصرف باقٍ على حاله.

ونظراً لاختلاف طبيعتها وخصائصها وشروطها ومميزاتها عن المضاربة التاريخية البسيطة التي تُعقد بين شخصين طبيعيين، فإنه لا يصحُّ إسقاط أو تنزيل أحكام المضاربة الفقهية عليها، للفارق المؤثر، والتباين الجوهري في الهيكل والمضمون والمعاني المؤثرة بين المضاربتين، حيث إن الأولى من العقود المسماة المعروفة في الفقه الموروث، بينما المضاربة المصرفية منظومةٌ عقديةٌ مستحدثةٌ، تخضع للقوانين والأنظمة واللوائح التي تحكمها، أَمَلتها احتياجاتُ المتعاملين وأعرافُهم التجارية ومصالحهم في هذا العصر.

وعلى ذلك، فإنه لا بُدَّ لمعرفة أحكامها الشرعية من اجتهاد معاصر، يراعي طبيعتها وخصائصها وشروطها ومقاصدها، ويتوافق مع طبيعة وخصائص ومميزات الشخص الحكمي (الاعتباري) الذي تندرج تحته، وتنسحبُ أحكامه عليها، ما وَجَدَ المجتهدُ إلى ذلك سبيلاً سائغاً من الوجهة الشرعية.

٦- وجماعُ القول وصَفْوَتُهُ في القضية إن المضاربة المصرفية المتطورة ليست نفس

المضاربة الفقهية في صورتها التاريخية البسيطة، وإن كان بينهما قدرٌ من الشَّبَه – كما أن المرابحة المصرفية (للآمر بالشراء) غير المرابحة الفقهية (التي هي من عقود الأمانة)، والوديعة المصرفية غير الوديعة الفقهية، والحوالة المصرفية غير الحوالة الفقهية، والمصارفة المصرفية غير المصارفة الفقهية.. إلخ – ومع قيام الفارق المؤثر بينهما، لا يصحُّ قياسُ المضاربة المصرفية أو تخريج⁽¹¹⁾ أحكامها على المضاربة الفقهية. قال الإمام السبكي: «شرطُ إلحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق، ولا يكفي الاشتراكُ فيما ليس مناط الحكم في الأصل»⁽¹²⁾.

ومَن أهمل مراعاة هذا الأصل الكلي، ولجأ إلى إسقاط أحكام المضاربة الفقهية عليها مطلقاً، انتهى لا محالة إلى تخريجات فقهية سقيمة، وتعليلات ضعيفة واهية، وأقيسةٍ فاسدةٍ، وترقيعات سطحية تحكميّة، لا سَنَدَ لها، ولا برهانَ عليها.

قال الإمام أبو محمد الجويني: «اعلم أن مسائل الشرع ربما تتشابهُ صورُها، وتختلفُ أحكامها، لعللٍ أوجبت اختلاف الأحكام. ولا يستغني أهل التحقيق عن الاطلاع على تلك العلل التي أوجبتْ افتراق ما افترق منها، واجتماع ما اجتمع منها»⁽¹³⁾.

وإنه يلزمنا من أجل تأصيلٍ سديدٍ لأحكام المضاربة المصرفية وخدماتها المعاصرة من توضيح الخطوطِ العريضةِ لمفهوم الشخصية الحكمية وطبيعتها وخصائصها، وأهم جوانب الافتراقِ بينها وبين الشخص الطبيعي (الذي تدور عليه أحكام المضاربة الفقهية)، وبيانِ أثر ذلك على اختلاف أحكام المضاربة المصرفية عن المضاربة الفقهية. وتفصيلُ ذلك في المبحثين الآتيين:

---

(١١) التخريج: «هو القول في مسألة لا نصَّ فيها للإمام. بمثل قوله في مسألة تساويها إذا نَصَّ المجتهد على حكم في مسألة لعلّة بيّنها، فمذهبه في كل مسألة وجدت فيها تلك العلّة كمذهبه فيها». (نشر البنود على مراقي السعود ٣٢/٢.

(١٢) تكملة المجموع شرح المهذب ٣٩١/١١.

(١٣) كتاب الجمع والفرق لأبي محمد عبدالله بن يوسف الجويني ٣٧/١.

# المبحث الأول
# الشخصية الاعتبارية
# مفهومها – خصائصها – مميزاتها

**مفهوم الشخصية الاعتبارية ودواعي وجودها:**

٧- ترتبط فكرةُ الشخصية أساساً بفكرة الحق والالتزام، إذ الحقوق جميعاً والالتزامات إنما تكون للأشخاص وعليهم، وتصورُ الأشخاص ملازمٌ لتصور الحق والالتزام، لأنهم على كل حال أربابُ الحقوق وحَمَلَتُها وطلابُها والمطالبون بها(١٤)، وعلى ذلك عرَّف القانونيون (الشخص) بأنه: «كلُّ كائن ذي قيمة اجتماعية – بالنظر لما يتعلّقُ به أو يستهدفه أو يمثله من مصالح إنسانية – يعتبره القانون قادراً على اكتساب الحقوق والتزام الواجبات»(١٥).

٨- والشخصيةُ في الأصل هي الشخصية الطبيعية (الإنسانية) التي تتجلّى بكل فردٍ من أفراد الإنسان، فكلُّ واحد منهم شخصٌ مستقلٌّ بشخصيته التي تَثْبُتُ له بها حقوقٌ، وعليه واجبات. وعلى ذلك كان الإنسان مُرتكز الشخصية وأساسها الذي تقوم عليه، وهو الذي يكوِّن منها تبعاً لذلك ما يُسمى بالشخص الطبيعي.

٩- وقد تطور الفكر الحقوقي في تصور الشخصية منذ القديم إلى أبعد من هذا الحد الطبيعي المادي، إذ لَحَظَ أن هناك جهات من المصالح العامة الدينية، من أماكن العبادة ونحوها، تتسمُ بالثبات والدوام، ولا تختصُّ بشخص معيّن، ويتوقَّفُ بقاؤها واستمرارها على نفقات دائمة، فكانت تُرصَدُ لها أموالٌ ومُستغلات من أجل

---

(١٤) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للعلامة مصطفى الزرقا ص٢٤٧.

(١٥) انظر الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد علي عبدالله ص٢٧ نقلاً عن أصول القانون للسنهوري وأبو ستيت ٢/٢٩٧ وأصول القانون لحسن كيره ص٧٠٧.

سدّ حاجتها، تعتبر ملكاً لها كالوقف، وتُعقدُ من أجلها وباسمها عقودٌ، ويقومُ على ذلك سدَنتها وكهنتها باسمها، فأَثْبَتَ لها «الشخصية الاعتبارية» قياساً على شخصية الإنسان، نظراً لتمتعها بمقومات تلك الشخصية، باكتسابها لبعض صفات الإنسان القانونية. وعلى ذلك اعتُبر لتلك المؤسسات العامة ما يشبه شخصية الأفراد الطبيعيين في قابلية التملك، وثبوت الحقوق والالتزامات، لأنها ما دامت لمصلحة الجماعة، فهي في حكم مجموع شخصياتهم(١٦).

١٠- ثم تطور النظر الحقوقي المعاصر في تجريد الشخصية إلى صورة أخرى، وذلك بعد أن عَرَفَ الناسُ أسلوبَ اجتماع الجماعات المنظمة، التي تتوحّدُ فيها الجهود والأموال المجموعة من أناس عديدين في سبيل الاكتساب المشترك أو النفع العام.

فقد لوحظ أن كلاً من هذه المنظمات يتألفُ من مجموع أفرادها وِحْدَةٌ شخصيةٌ ذات مصلحة وحقوق مستقلة عن شخصية ومصالح كلِّ فرد من أفرادها، ولا سيما بعد أن عُرِفَ في الشركات أنواعٌ تكونُ فيها مسؤولية الشركة في معاملاتها المالية مقصورةً على مال الشركة، أي غير سارية على ذمم عامة الشركاء، بحيث لو أفلست الشركةُ لا يكون الشركاءُ مسؤولين عن ديونها في أموالهم الأخرى التي لهم خارج الشركة. وهذا يقتضي اعتبارَ ذمةٍ خاصةٍ للشركة منفصلةٍ عن ذمم الشركاء المتكونة منهم(١٧).

وقد تولَّدَ من هذا الوضع وأمثاله تصورُ شخصيةٍ تنشأ من اجتماع عدد من الأشخاص على عمل ذي غاية مشروعة، وتنفصل في الاعتبار الحقوقي تلك الشخصية الحاصلة (المتولدة) من اجتماعهم عن شخصياتهم الفردية، بحيث:

(أ) إذا كانت الغاية من اجتماع الشخصيات توحيد الجهود الفردية، حتى يتكون

---

(١٦) المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص٢٤٩ وما بعدها.

(١٧) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للزرقا ص٢٥٠.

منها قوةٌ أكبر على عمل يُبتغى به الربح والاكتساب المالي، فهي الشركات، من تجارية وصناعية وزراعية.

(ب) وإن كانت الغايةُ ليست ابتغاءَ الكسب والربح، وإنما هي خدمة مصالح عامة دينية أو علمية أو أدبية أو اجتماعية أو إنسانية أو سياسية.. إلخ، فتلك في لغة العرف والقانون هي الجمعيات والمؤسسات(١٨).

١١- فهذه الشركات أو المؤسسات أو الجمعيات بشخصياتها المجردة عن شخصيات أعضائها، تُعقدُ العقودُ باسمها، وتَملكُ وتلتزمُ، وتستحقُّ ويُستَحَقُّ عليها.. إلخ، وتكون ذات ذمة مالية مستقلة، كأفراد الناس. وهذه الشخصية المجردة هي التي تعتبر من الوجهة الحقوقية قد سُمِّيتْ في الاصطلاح القانوني المعاصر «الشخصية الاعتبارية»، ويقال لها أيضاً «الشخصية الحكمية»، و«الشخصية المعنوية»(١٩). وقد عرّفها الحقوقيون بأنها: «شخصٌ حُكمي تقديري، يتكون من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين، ابتغاء غَرَضٍ مشترك، يُنشئون باجتماعهم شخصية ذات حقوق وواجبات متميزة عمّا لأفرادهم»(٢٠).

وهكذا تطوَّر النظر الحقوقي وتجرَّد عن التقيّد بالناحية المادية المحضة، فألقى ثوب «الشخصية» على غير الأشخاص الطبيعيين من أوضاع وهيئات ومؤسسات وجماعات نشأت في المجتمع الحقوقي، ودخلت في المضمار المالي وميدان المعاملات، وأصبح لها في نظر القوانين موقعٌ شخصي ذو شأن كبير، يزداد مكانةً واتساعاً على الزمن، كما أصبح لها في النظر السياسي أهميةٌ عظيمةٌ نظراً لما تملكه من قدرة مالية وعملية لا يملك مثلها فردٌ عادةً(٢١).

---

(١٨) المرجع السابق ص٢٥٠.

(١٩) المرجع السابق ص٢٥٠.

(٢٠) المرجع السابق ص٢٨٣، نقلاً عن دائرة المعارف الفرنسية.

(٢١) المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص٢٥١.

١٢- وقد سَدَّتْ فكرةُ الشخص الاعتباري نقصين كبيرين في نشاط الفرد الإنساني، هما (كونه محدوداً في قوّته وإمكاناته، وكونه محدوداً في مدته)، ذلك أن نشاط الجماعة يقوى بالائتلاف والتضامن، ولا يُسْرِعُ إليه الفناءُ، كما هو الشأن في حياة الأفراد.. فتمكنَت الجماعات الإنسانية بفضل النشاط الجماعي للشخص الاعتباري من تحقيق كثير من أعمال الخير ونشر العلم وإنعاش الاقتصاد⁽²²⁾. وعلى ذلك قال فقهاء القانون، إنَّ فكرة الشخص الاعتباري تعتبر واحدةً من مساهمات الفكر القانوني المبدعة في بناء التقدم الإنساني⁽²³⁾.

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا: «إن فكرة الشخصية الحكمية إنما تولدت في النظر الحقوقي تولّداً ضرورياً من وجود مصالح مشتركة في المجتمع متميزة عن المصالح الفردية، بحيث لا يمكن إدماجها فيها، ويُلْحَظُ عجزُ الشخصية الطبيعية بمفردها عن أن تضطلع بأعبائها وتضمن تحقيقها.

فالواقع ينبئ بأن الشخصية الطبيعية لا تكفل إلا المصالح الفردية، في حين أن الأشخاص الحكمية التي تعترف بها الحقوق الحديثة والقوانين الوضعية إنما تقوم على مصلحة مشتركة استلزمتها الضرورات الاجتماعية، حتى في الأشخاص الحكمية الخاصة، كالشركات التي تستند إلى مصلحة مشتركة من طبيعة خاصة، إذ من المُسلَّم به وجودُ مشروعات اقتصادية تستدعي تضافر الجماعات بجهودها وأموالها، وتتجاوزُ قدرةَ الأفراد على انفراد.

فمجهود هذه الجماعات ضمن نطاق مصلحتها الخاصة هو مُسَخَّرٌ بطريق غير مباشر لخدمة المصلحة العامة بسدّ بعض حاجات المجتمع وزيادة الثروات القومية»⁽²⁴⁾.

---

(٢٢) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص٢٦.

(٢٣) المرجع السابق ص٤٧.

(٢٤) المدخل إلى نظرية الالتزام ص١٩١، ١٩٢.

١٣- ومن الجدير بالبيان أن الفقه الإسلامي الموروث قد عَرَفَ فكرة الشخص الاعتباري وأقرّها بنظر إجمالي (مثل شخصية بيت المال والوقف والدولة)، ورتَّب على اعتبارها بعض الأحكام الشرعية دون تصريح بتلك التسمية، ولا تثريب في ذلك، فالعبرةُ للمفاهيم والأحكام لا للتسميات، غير أن ما جاء فيه من مبادئ وأحكام قد تفيدُ في تخريج بعض المسائل المستجدة المتعلقة بالموضوع، ولكنها لا تفي بصياغة نظريةٍ فقهيةٍ متكاملةٍ للشخصية الاعتبارية، وأساليب عملها، وطرائق تكوينها، وحدود مسؤوليتها على نحو ما جاء في النظم والتشريعات الحديثة، مما هو وليدُ العرف والتطور الاقتصادي المعاصر في العالم الغربي(٢٥).

**بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها:**

١٤- إذا كان تاريخ ميلاد الشخص الطبيعي ووفاته يحددان عادة(٢٦) بداية حياته القانونية ونهايتها، فإن الشخص الاعتباري لا يبدأ حياته القانونية إلا بإذنٍ من المُشَرِّع أو بتنظيم من القانون(٢٧).

وكذلك لا تؤثر عليه واقعةُ الوفاة، فالشخص الاعتباري لا يموت كالشخص الطبيعي، بل يمتاز بالدوام، كما أنه لا يزول ولا ينتهي بوفاة الشخص الطبيعي الذي يمثله، وكذلك لا يُبَدِّلُ تبدّلُه من وضعه الحقوقي شيئاً(٢٨).

قال الأستاذ الزرقا: «يزولُ الشخص الحكمي بزوال شرائطه، أو زوال العوامل التي أوجدته، وعندئذ يُسمى زواله انحلالاً. أما زوال الشخص الطبيعي فيكون بانتهاء حياته، ويسمى موتاً. وهذا الانحلال في الشخص الحكمي يكون بأسباب

---

(٢٥) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص٤٧، المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢٥١، ٢٦٩-٢٧١، ٢٨٩، ٢٩٠.

(٢٦) قلنا عادةً: لأن بعض الحقوق تثبت للجنين قبل ولادته، كما أنَّ الحقوق والواجبات تتعلق بذمته حكماً بعد وفاته.

(٢٧) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص٥٩، المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢٥٤، ٢٥٥.

(٢٨) المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢٩٤.

وصور عديدة، فقد يكون سَبَبُه انحلالاً طبيعياً، أو تشريعياً، أو قضائياً، أو إدارياً، أو إرادياً(٢٩)».

وأساس عَدَم توقُّفِ وجود الشخص الطبيعي على اعتبارٍ أو اعتراف تشريعي، أنه بمجرد وجوده المادي تثبتُ شخصيته، بخلاف الشخص الحكمي، فإن وجود شخصيته يتوقف على إقرار التشريع لها(٣٠).

١٥- ومن الجدير بالبيان في هذا المقام أن الشخص الحكمي يفترق عن الشخص الطبيعي في وجوده من ناحيتين:

(الأولى) أن الشخص الحُكْميَّ وجودُه قانوني، أي تقديريٌّ اعتباريٌّ، لا حسيّ. أما الشخص الطبيعي فذو وجود مادي محسوس.

(والثانية) أن الشخص الحكمي وجودُه تَبَعي، أي إنما يكون تابعاً لوجود مجموعة من أشخاص طبيعيين أو أموال. أما الشخص الطبيعي فوجودُه مستقلٌ بنفسه في الواقع والاعتبار(٣١).

**خصائص ومميزات الشخص الاعتباري:**

١٦- يختص الشخص الاعتباري بصفات ومميزات تميزه عن الشخص الطبيعي، وإن كان في الأصل مقيساً عليه. وأهم تلك المزايا:

(أولاً) استقلال الشخص عن أعضائه وممثليه، وتمتعه بالأهلية والذمة المالية المتميزة المستقلة.

فقد رأينا فيما سبق أن المبنى الحقوقي في تطور النظر إلى الشخصية، الذي تولدت منه فكرة الشخص الحكمي، إنما يقوم على تجريد شخص اعتباري ينتزع من جماعة

---

(٢٩) المرجع السابق ص٢٩٥، وانظر تفصيل أسباب وصور انحلال الشخص الاعتباري في ذات الصفحة من المرجع.

(٣٠) المرجع السابق ص٢٩٤.

(٣١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص٢٨٢، ٢٨٣.

أو مشروع، وتشبيهه بشخص طبيعي ذي أهلية وذمة. فكما لا ينفك تصور الشخص الطبيعي – من الوجهة الحقوقية – عن ذمة له يحمل بها الحقوق، فإن الشخص الاعتباري لا ينفك عن هذه الذمة أيضا – ولولا ذلك لما بقي هناك معنى للشخصية الحكمية إلا مجرد التمثيل والنيابة في العمل. وهذا غير التشخيص بمعناه الكامل- شريطة الاعتراف القانوني بالشخصية الحكمية له، إذ إن من المحتم لكي يكتسب الشخص الحكمي شخصيته أن يعترف التشريع له بهذه الشخصية المستقلة في حمى الدولة. ولا يجب أن يعترف التشريع بذلك لكل شخص حكمي ناشئ على حدة، بل يكفي الاعتراف النوعي، كاعتراف القانون التجاري بالشخصية لأنواع الشركات القانونية التي تؤسس وفقا لشرائطه، واعتراف قانون الجمعيات بشخصيات الجمعيات التي تؤسس وفقا لأحكامه... إلخ(٣٢).

ويتفرع عن هذه الخصيصة:

(أ) المسؤولية المحدودة للشخص الاعتباري، إذ هي من أهم العناصر التي تقوم عليها فكرته، وأن تكون أمواله وممتلكاته منفصلة تماما عن أموال وممتلكات أعضائه. فأعضاء شركات المساهمة (= حملة الأسهم) مثلا ليس لهم أية حقوق عينية في ممتلكات الشركة، وإن كان لهم حق شخصي في الربح إذا أعلن أو قسم.

(ب) حق التقاضي. حيث إن الشخص الاعتباري يستطيع أن يقاضي باسمه المعروف به، دون حاجة لذكر الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون في التعبير عن إرادته(٣٣).

(ثانياً) الشخص الاعتباري لا يثبت له شيء من خصائص الشخص الطبيعي (الإنسان) كالإيمان والإسلام والدين والعقل والذكاء والصحة والمرض والإثم والصواب والصحة والمرض، ومن ثمَّ لا يصح وَصْفُ الشركة الحديثة أو المؤسسة أو

---

(٣٢) المرجع السابق ص٢٩٢، ٢٩٣.

(٣٣) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص٦٦، ٦٨.

الدولة بأنها مسلمة أو كافرة، أو آثمة أو مثوبة، أو عاقلة أو ذكية أو غبية، ولكن يصح وصف أهلها أو أعضائها أو ممثليها بذلك ونحوه، فيقال: دين أهل هذه الدولة أو سكانها الإسلام أو المسيحية أو الزرادشتية أو الهندوسية، كما يقال: أعضاء هذه الشركة أو المؤسسة أو ممثلوها أو القائمون على إدارتها مسلمون أو غير مسلمين، أذكياء أو أغبياء، آثمون لفعل كذا أو مثوبون.. بحسب تصرفاتهم.

وكذلك لا يتعلق به شيء من الحقوق والالتزامات التي هي من خصائص الإنسان، كحقوق الأسرة من زواج وطلاق ونسب وقرابة وإرث..إلخ، وكحلف اليمين لإثبات حقه أو براءته أو نفي تعديه أو تفريطه في إدارة ما تحت يده من مال الغير.

أما ما ليس من الخصائص الإنسانية، فيمكن أن يثبت للشخص الحكمي (كالجنسية والأهلية والموطن) في الحدود التي يقررها التشريع (٣٤).

(ثالثاً) إذا كان من خصائص الشخص الطبيعي محدودية الزمن بمدة حياة الإنسان، فإن من خصائص الشخص الاعتباري البقاء والاستمرار والدوام. وقد عبَّرت عن ذلك بعض القوانين «بأن يكون له صفةٌ تعاقبية مستديمة»(٣٥).

وأساس ذلك أن الشخص الاعتباري بطبيعته لا تعتريه الهزات والكوارث الكثيرة التي تصيب عادة الشخص الطبيعي من مرض وموت ونقص في الأهلية أو عدمها، وإن كان هذا لا يعني القول بخلوده، غير أنه أطول عمرا بيقين بحسب العادة والطبيعة من الإنسان. ولهذا يقال، إن الشخص الاعتباري – بخلاف الشخص الطبيعي- لا يتأثر بموت أو جنون (فقد أهلية) أو خروج أي عضو من أعضائه، بل ربما بقي شخصيا قانونيا حتى لو مات جميع أعضائه، وقام عنهم غيرهم فيه. فالأعضاء والمستفيدون

---

(٣٤) انظر المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص٢٩٤، ٣٠٨.

(٣٥) حيث جاء في قانون جامعة الخرطوم م(١/٤): «تكون الجامعة ذات شخصية اعتبارية، وصفة تعاقبية مستديمة، وخاتم عام، ويكون لها حقّ المقاضاة باسمها».

يدخلون في عضويته ويخرجون، ويحل الواحد منهم محل الآخر، والشخص الاعتباري باق على حاله. ولهذا الأثر أهمية خاصة في تنفيذ المشروعات التي يتطلب إنجازها زمناً طويلاً(٣٦).

(رابعاً) إن أهلية الشخص الطبيعي للتصرفات وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات غير محدودة، وإنما تنقص عن كمالها بطروء بعض العوارض، أما أهلية الشخص الاعتباري، فهي مقيّدةٌ بالحدود التي يرسمها له التشريع، وبما يدخل في الأغراض التي تكون من أجلها، وتتوقف عليها ممارسة مهمته. ولهذا قيل: إن المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعيين غير قائمة في الأشخاص الاعتبارية(٣٧).

وأساس ذلك أن الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي في أهلية الوجوب (وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه)(٣٨) بسبب ما بينهما من اختلاف كبير في التكوين والهدف. فالشخص الاعتباري وإن كان أهلا للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، إلا أنها ليست بالضرورة كل الحقوق والواجبات التي للشخص الطبيعي، كما وأنه إذا كان الأصل في الأشخاص الطبيعيين تساويهم في الحقوق والالتزامات، فإن الأصل في الأشخاص الاعتباريين التفاوت في أهلية الوجوب، ومرد ذلك إلى أن أغراض الأشخاص الاعتباريين تتفاوت فيما بينها تفاوتاً كبيراً، بحيث يضيق هذا التفاوت أحياناً لدرجة التماثل، ويتسع أحياناً أخرى لدرجة التضارب، إذ لكلٍّ هدف معين يسعى لتحقيقه في الحياة(٣٩).

(خامساً) المسؤولية الجنائية منتفية عن الشخص الاعتباري، لاشتراط توافر عنصر القصد الجنائي (النية الإجرامية) لثبوتها، وذلك التوافر متعذر في الشخص الاعتباري،

---

(٣٦) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص٦٨.

(٣٧) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص٢٩٤.

(٣٨) انظر كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٥١٦/٢، الأهلية وعوارضها لأحمد إبراهيم ص٣٥٣.

(٣٩) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص٩١.

لأنه من خصائص (ما يختص به) الشخص الطبيعي، ولأن العقوبة الجنائية يشترط فيها الأصالة، أي إنها تتعلق بشخصية الجاني.

وعلى ذلك لا يمكن محاسبة ومعاقبة الشخص الاعتباري جنائياً، لأن المحاسبة والمعاقبة لا تجدي ولا تحقق أهدافها إذا لم تؤلم وتردع وتُصْلح المعاقب، وذلك لا يمكن حصوله في شخص لا روح له فيه تحس (تسري) ولا مصلحة له تتأثر، اللهم إلا روح ومصلحة المنتفعين من وراء ذلك الشخص الاعتباري الذين تَنْفُذُ إليهم العقوبةُ الموقَّعَةُ عليه عادة(٤٠).

قال الأستاذ الزرقا: «إن الأشخاص الحكمية لا تُطبَّقُ عليها العقوبات البدنية، بل العقوبات المدنية والإدارية فقط. ومن نتيجة ذلك أنه لا يمكن تطبيق الحبس في استيفاء ما يستحق عليها من ديون، بل الحجز فقط»(٤١).

(سادساً) الشخص الاعتباري يتحمل المسؤولية المدنية عن أفعال ممثليه (أخطائهم، تعديهم، تقصيرهم) بناء على فكرة «المسؤولية التضامنية»، أي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه(٤٢).

وأساس ذلك أن أحكام الشخص الاعتباري القانونية مبنية على قياسه على الشخص الطبيعي في الأصل، وإذا كان مناط تكليف الشخص الطبيعي ومسؤوليته مبنيين على تمتعه بالعقل، وهو شيء لا توصف به ذات الشخص الاعتباري، فإن المسؤولية المدنية عن الفعل الضار لا تستلزم العقل (إذ الصغيرُ غيرُ المميّز ضامنٌ لما يتلفه من مال الغير) ولهذا صحَّ اعتبارُ الشخص الحكمي متحملا للمسؤولية المدنية(٤٣).

---

(٤٠) المرجع السابق ص٦٠.

(٤١) المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢٩٥.

(٤٢) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص١٠٠.

(٤٣) المرجع السابق ص٩٩.

# المبحث الثاني
# التطبيقات الفقهية للموضوع على مستجدات المصرفية الإسلامية

بعد أن عرضنا باقتضاب في المبحث التمهيدي عشرة مسائل تمثل أهم وأبرز آثار الاختلاف بين الشخصيتين الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية المتعلقة بمستجدات المصرفية الإسلامية، فإنه يلزمنا أن نتناولها في هذا المبحث بالبيان المتضمن ما يلزم من التحليل والتعليل والتفسير والتأويل من أجل تأصيل فقهي صحيح لتلك المستجدات، وتخريج وجيهٍ، أو استنباط سديد لأحكامها، ثم نختم البحث بتحقيق علمي حول مدى سريان قاعدتي الضرورة والحاجة الماسة في إباحة المحظورات والاستثناء من القواعد العامة على الشخص الاعتباري.

**المسألة الأولى:**

١٧- ذكرنا فيما سبق أن موت رب المال موجب لانفساخ عقد (المضاربة الفقهية) في قول جماهير الفقهاء، وحجتُهم على ذلك أن عقد المضاربة يتضمن الوكالة، والوكالة تنفسخ بموت الموكل، فتتبعها المضاربة. ولأن التوكيل للمضارب في التصرف بماله إنما قام بإذنه، وهو أهل لذلك، فلما بطلت أهليته بالموت بطل إذنه، وانتقل الحق إلى غيره من الورثة فتنفسخ المضاربة ضرورة(٤٤).

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية عدم انفساخ العقد بموت رب المال، ولزوم استمراره بعد وفاته وفقاً لشروط الاتفاقية المبرمة بين المصرف وبين العميل

---

(٤٤) انظر بدائع الصنائع ١١٢/٦، أسنى المطالب ٣٩٠/٢، نهاية المحتاج ٢٣٧/٥، المغني ١٧٢/٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣٦/٢، المحلى ٢٤٩/٨، م(١٨٦٥) و(١٨٦٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

(رب المال)، بناءً على تمتع المصرف بالشخصية الحُكمية (الاعتبارية) التي تختص وتتميز عن الشخصية الطبيعية في المضاربة الفقهية بالدوام والاستمرار وعدم التأثر بموت أحد من المستثمرين فيها أو الممثلين لها، وتخريجاً على قول الشافعية والمالكية والحنابلة على ظاهر المذهب وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة بأن ذمة الإنسان لا تخرب بالموت وأهليته لا تبطل به إذا ترك مالاً وحقوقاً، بل تعتبر باقية حكماً لداعي الضرورة حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة، وذلك يقتضي استمرار وكالته وإذنه بالتصرف للمضارب (المصرف) بعد موته، ومن ثمَّ استمرارَ مضاربته وفقاً للاتفاقية المبرمة بينهما(٤٥).

**المسألة الثانية:**

١٨- لقد عرفنا أن موت عامل المضاربة موجب لانفساخ عقد (المضاربة الفقهية) في قول جماهير الفقهاء، بناء على أن عقد المضاربة يتضمن عقد الوكالة، والوكالة تنفسخ بموت أحد طرفيها، ولا تورث، فتتبعها المضاربة(٤٦).

ويَلْزَمُ على ذلك أَنْ تباع السلع والعروض حتى يُنَضَّ رأس المال جميعه، فيستوفي رب المال رأس ماله، ويوزع الربح الحاصل بينه وبين ورثة المضارب على ما جرى عليه الاتفاق في عقد المضاربة.

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية عدم تأثر عقد المضاربة بشيء اسمه «وفاة المضارب»، لأن المصرف هو المضارب، وهو يتمتع بالشخصية الاعتبارية، والشخص

---

(٤٥) انظر التلويح على التوضيح ٧٨٠/٢ وما بعدها، فتح الغفار على المنار ٩٩/٣، ١٠٠، التقرير والتحبير ١٨٩/٢، روضة الطالبين ١١٦/٦، مواهب الجليل ٩٨/٥، ٣٦٨/٦، أسنى المطالب ٢٣٦/٢، المغنى ٨٥/٧، بدائع الفوائد ٥٩/٤، ٦٠، الآداب الشرعية لابن مفلح ٧٥/١.

(٤٦) العقود الدرية لابن عابدين ٦٧/٢، ٦٨، الفتاوى الهندية ٣٢٩/٤، البدائع ١١٢/٦، أسنى المطالب ٣٩٠/٢، نهاية المحتاج ٢٣٧/٥، المغني ١٧٢/٧، شرح منتهى الإرادات ٣٣٦/٢، المحلى ٢٤٩/٨، (م)١٨٦٥، ١٨٦٦، من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

الاعتباريُّ لا يموت كالشخص الطبيعي (الإنسان)، بل يمتاز بالدوام والاستمرار، كما أنه لا يزول ولا ينتهي بوفاة الشخص الطبيعي الذي يمثله، فموتُ مدير الاستثمار أو المدير التنفيذي أو غيرهما من العاملين أو حَمَلَة الأسهم، لا يؤثر على بقاء المصرف واستقراره وثبات حقوقه والتزاماته، ودوام شخصيته الاعتبارية وذمته المالية المستقلة عن ذمة وأشخاص ممثليه. وإنما يزول الشخص الاعتباري كما أسلفنا بزوال شرائطه، أو زوال العوامل التي أوجدته، وعندئذ يسمى زوالُه انحلالاً.

وقد جاء في الفقرة العاشرة من المعيار الشرعي رقم (١٣) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «١- تنتهي المضاربة في الحالات الآتية: (هـ) بموت المضارب أو تصفية مؤسسة المضاربة»(٤٧). وهو نصٌّ مجملٌ يفتقر إلى التفصيل والبيان الذي نَبَّهْتُ إليه.

### المسألة الثالثة:

١٩- الأصل في عقد المضاربة الفقهية عند سائر الفقهاء أنه عقد غير لازم في حق الطرفين قبل شروع عاملِ المضاربةِ فيها، ويكونُ لكل واحد منهما فَسْخُه بإرادته المنفردة. وحجتهم على ذلك أن عقد المضاربة يتضمن الوكالة، فيسري عليه حكمها وهو عَدَمُ اللزوم من الجانبين.

وعلى ذلك نصت الفقرة الرابعة من المعيار الشرعي رقم (١٣): «٣- الأصل أنَّ عقد المضاربة غير لازم، ويحقُّ لأي من طرفيه فَسْخُه إلا في حالتين لا يثبت فيهما حقُّ الفسخ:

(أ) إذا شرع المضارب في العمل، فتصبح المضاربةُ لازمةً إلى حين التنضيض الحقيقي أو الحكمي.

---

(٤٧) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة ص١٨٧.

(ب) إذا اتفق الطرفان على تأقيت المضاربة، فلا يحقُّ إنهاؤها قبل ذلك الوقت إلا باتفاق الطرفين»(٤٨).

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية لزومه في حقّ الطرفين ما لم تتضمن الاتفاقية بين المصرف والعميل (رب المال) خلاف ذلك، بناءً على طبيعة المضاربة المصرفية ومزاياها وخصائصها، حيث إن للمصرف شخصيةً حُكميةً (اعتبارية)، تسري عليها القوانين والتشريعات الخاصة بالأشخاص الاعتباريين، وتخضع عقوده والمعاملات التي يجريها مع الغير لأنظمة المصرف ولوائحه في ظل النظام القانوني للمصارف والمؤسسات المالية، ثم من أجل استقرار التعامل بين المصرف وعملائه من أرباب المال.

**المسألة الرابعة:**

٢٠- لا يصح في قول أحد من الفقهاء في المضاربة الفقهية خروجُ ربِّ المال، وأَخْذُ رأس ماله مع نصيبه من الربح إلا بعد التنضيض الحقيقي لرأس المال، إذ التنضيض الحكمي لا يقوم مقامه، ولا يَسُدُّ مَسَدّه.

غير أنَّ ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية خلافُ ذلك، حيث إن للعميل (رب المال) الخروج من المضاربة قبل التنضيض الحقيقي لمتاع المضاربة، واسترجاع رأس ماله مع حصته التقديرية من الربح بناء على قاعدة التنضيض الحكمي.

٢١- ولا تناقض بين الحكمين في نظري، نظراً لاختلاف حقيقة المحلين، وتباين مضمون الصورتين، وقيام الفارق الجوهري المؤثر بينهما. فالمضاربة الفقهية عبارة عن عقد شركة بين شخصين طبيعيين، أحدهما عنده مال، لكنه لا يُحْسِنُ استثماره، والآخر يُحْسِنُ استثمار الأموال، ولكن لا مال عنده، فيقدِّمُ الأول (رب المال) رأس

---

(٤٨) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص١٨٤.

المال، ويقومُ الآخر (المضارب) على إدارته، على أن يكون الربح بينهما بحسب النسبة المُتَّفَقِ عليها بينهما بعد التنضيض الحقيقي لمال المضاربة.

فهذه الشركة بحسب طبيعتها والغرض منها في صورتها التاريخية البسيطة، لا داعي ولا مبرر أصلاً لخروج رب المال منها قبل إتمام العمل وإنهائها وتصفيتها الفعلية بالتنضيض الفعلي لموجوداتها، حيث إن ذلك ممكنٌ متيسرٌ عادةً، ولا معنى للجوء إلى تقدير قيمة الموجودات والربح المتوقع بالتنضيض الحكمي، ليصار إلى دفع المضارب من جيبه الخاص إلى ربِّ المال استحقاقه المكون من رأس المال مع حصته التقديرية من الربح على أساس التنضيض التقديري للموجودات، بل إنه غير ممكنٍ ولا متيسرٍ من الناحية العملية للمضارب فِعْلُ ذلك عادة.

أضف إلى ذلك أن التنضيض الحكمي فيه كثير من الجهالة والغرر - لأن الموجودات قد ينحطُّ سعرها وقد يرتفع وقت التنضيض الحقيقي في المستقبل كما قال الفقهاء - إذ لا يُدرى ماذا سيحصل بعده عندما يُصار إلى التنضيض الفعلي، هل سَيَسْلَمُ له مبلغُ رأس المال أم لا؟ وإذا سَلِمَ له، فهل سيتحقق له ربحٌ فعلاً أم لا؟ وإذا ما تحقق له ربح فعلي، فكم سيكون مقداره؟ وهل سيكون مماثلاً لما قُدِّرَ له ودفع إليه بناءً على التنضيض الحكمي؟

ثم إنه ليس هناك سببٌ شرعيٌ لإعطاء المودِع اللاحق حصةً من الربح الناشئ عن استثمار مال غيره (المودِع السابق) في مضاربةٍ سابقة للغير مع المضارب قد انقضَتْ، مع أنه لم يساهم في تحقيقه بمالٍ ولا عمل، والقاعدة الشرعية تنصُّ على أنه «لا يحلُّ لأحد أَخْذُ مال أحد إلا بسبب شرعي»(٤٩).

وأيضاً: فإن من المقرر في قواعد الفقه وأصوله أنه لا يصحُّ اللجوء إلى التقدير

---

(٤٩) م(٩٧) من مجلة الأحكام العدلية.

والتقريب في الأحكام إلا عند العجز عن التحديد، أو قيام الحاجة المتعينةِ إليه لعُسْرِهِ ومَشَقَّتِهِ البالغة. وغير خَفِيّ على أحد أنه لا عَجْزَ عن التنضيض الحقيقي، ولا حاجة إلى التقدير التقريبي الحكمي بدلاً عنه في المضاربة الفقهية البسيطة.

أما في المضاربة المصرفية، فإن العقد يتمُّ بين فردٍ أو عديد من الأفراد وبين شخص اعتباري (هو المصرف)، والشخص الاعتباري بحسب طبيعته وخصائصه يتصف بالبقاء والدوام والاستمرار، كما أن مضاربة المصرف جماعية، بمعنى أنها تتم بينه وبين عدد كبير من المودعين (المستثمرين) على أساس أن تُخْلَطَ أموالهم وتُجعل في وعاء استثماري واحد يديره المصرف لصالحهم، إذْ صُمِّمَتْ إدارة الأموال في وعائها - بحكم القوانين واللوائح والأنظمة التي يخضع لها - على حقِّ كل مستثمر في الدخول والخروج وفقاً لإرادته ورغبته ومصلحته، فالمودِعون يدخلون ويخرجون على الدوام ويحلُّ أحدهم محلّ الآخر، ووعاءُ المضاربة مستمر تتجددُ فيه الاستثمارات تلقائياً، والمصرفُ باقٍ على حالِهِ لا يتأثر بشيء من ذلك.

ولما كانت هذه طبيعة وميزة المضاربة المصرفية، فإن حق الخارج من المستثمرين لا يمكن حسابه بالتحديد، لتعذُّرِ تنضيض ما يقابلُ رأس مالِهِ مع نمائه في وعاء المضاربة في أي وقت يرغَبُ في الخروج فيه، ولا بُدَّ من اللجوء إلى حسابه بالتقدير والتقريب الفني العادل، على أساس التنضيض الحكمي بحسب معاييره المحاسبية العادلة المعروفة، فتلك حاجةٌ(٥٠) ماسَّةٌ متعينة، وهي دليل مشروعية التنضيض الحكمي في المضاربة المصرفية، إذ «لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة»(٥١) و«الضرورات تبيح المحظورات»(٥٢)

---

(٥٠) قال الشاطبي: «والحاجة: ما يُفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوات المطلوب، فإذا لم تُراع، دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة». (الموافقات ٢/ ٤).

(٥١) إعلام الموقعين ٢/ ٢٢.

(٥٢) م(٢١) من المجلة العدلية، المنثور في القواعد ٢/ ٣١٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٤، وإيضاح المسالك للونشريسي ص٣٦٥.

و«الحاجة تُنَزَّلُ منزلة الضرورة عامةً كانت أم خاصة»⁽٥٣⁾ وتُحِلُّ الاستثناء من القواعد العامة لرفع الحرج عن العباد⁽٥٤⁾.

قال النووي - في شرح قوله صلى الله عليه وسلم «سدِّدوا وقاربوا»: أي اطلبوا السَّدادَ واعملوا به، فإن عجزتم فقاربوه. أي اقربوا منه»⁽٥٥⁾.

وقال ابن تيمية: «فإذا كان لا بُدَّ من التقدير والتقريب، فما كان أشبه بالواقع كان أولى بالتقدير وأقرب إلى الصواب»⁽٥٦⁾.

وقال العز بن عبدالسلام: «ما لا يُحَدُّ ضابطه لا يجوز تعطيله، ويجب تقريبه، تحصيلاً لمصلحته ودرءاً لمفسدته»⁽٥٧⁾.

وقال القاضي ابن العربي: «القاعدة السابعة: اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كالضرورة في تحليل المحرَّم»⁽٥٨⁾.

وقال الإمام مالك: «إذا احتاج الناس إلى شيء مما يُكْرَهُ، لا يجدون عنه بُدّاً ولا غنى، فأرجو أن يكون لهم فيه سعة إن شاء الله، ولا أرى به بأساً»⁽٥٩⁾.

**٢٢- وعلى ذلك جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي (بمكة المكرمة) رقم (٤) في دورته السادسة عشرة: «أولاً: لا مانع شرعاً من العمل بالتنضيض**

---

(٥٣) م(٣٢) من المجلة العدلية، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٠، وللسيوطي ص٨٨. وجاء في القواعد الفقهية: «الحاجة الخاصة تبيح المحظور». (المنثور للزركشي ٢٥/٢).

(٥٤) لقوله تعالى ××(وما جعلنا عليكم في الدين من حرج) وقوله ××(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر). وقد ذكر العلامة محمد الطاهر ابن عاشور أنّ من مظاهر تيسير الشريعة ورفع الحرج فيها «أنها تعمد إلى تغيير الحكم الشرعي من صعوبة إلى سهولة في الأحوال العارضة للأمة أو الأفراد، فتيسّرُ ما عَرَضَ له العُسر. قال تعالى ××(إلا ما اضطررتم إليه)، وقال ××(فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه)، ولذلك كان من أصول وقواعد التشريع قاعدة «المشقة تجلب التيسير». (مقاصد الشريعة ص٣٧٩).

(٥٥) شرح صحيح مسلم للنووي ١٩٧/٩.

(٥٦) مجموع الفتاوى ٤١٠/٢٩.

(٥٧) القواعد الكبرى ٢٠/٢.

(٥٨) القبس على الموطأ ٧٩٠/٢، المسالك ٢٨/٦.

(٥٩) البيان والتحصيل ١٣/١٢.

الحكمي (التقويم) من أجل تحديد أو توزيع أرباح المضاربة المشتركة أو الصناديق الاستثمارية أو الشركات بوجه عام، ويكون هذا التوزيع نهائيا مع تحقق المبارأة بين الشركاء صراحةً أو ضمناً (...) ثانياً: يجب إجراء التنضيض الحكمي من قِبلِ أهل الخبرة في كل مجال، وينبغي تعددهم بحيث لا يقل العدد عن ثلاثة، وفي حالة تباين تقديراتهم يُصار إلى المتوسط منها. والأصل في التقويم اعتبار القيمة السوقية العادلة».

وجاء في فتوى ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي رقم (٨ / ٢): «للتنضيض الحكمي بطريق التقويم في الفترات الدورية خلال مدة عقد المضاربة حكم التنضيض الفعلي لمال المضاربة، شريطة أن يتم التقويم وفقا للمعايير المحاسبية المتاحة. ٢- يجوز شرعا توزيع الأرباح التي يظهرها التقويم، كما يجوز تحديد أسعار تداول الوحدات بناء على هذا التقويم»(٦٠).

ونصَّ المعيار الشرعي رقم (٤٠) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة في الفقرة (٣ / ١ / ٢) على أنه: «لا يتحقق الربح في حسابات الاستثمار إلا بعد القيام بما يلي: (١) تنضيض (تسييل) موجودات المضاربة، سواء كان حقيقياً بتحويل جميع الموجودات إلى نقود، وتحصيل جميع الديون، أم حكمياً بالتقويم للموجودات غير النقدية من قبل أهل الخبرة، وتقويم الدّين من حيث إمكان التحصيل، وتكوين مخصصات للديون المشكوك في تحصيلها، أما النقود فتثبت بمبالغها»(٦١).

### المسألة الخامسة:

٢٣- ذهب جماهير الفقهاء في فقه شركات العقد الموروث أنَّ موت أحد الشركاء

---

(٦٠) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص١٣٤.

(٦١) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص٥٥٠.

موجِبٌ لانفساخ عقد الشركة⁽٦٢⁾.

غير أنَّ ما عليه العمل في الشركات الحديثة (المساهمة) ومنها المصارف الإسلامية بحسب فتاوى الفقهاء المعاصرين أنَّ ذلك لا يؤثر في بقاء الشركة ودوامها واستمرارها.

ولا تناقُضَ بين الحكمين في نظري لعدم تواردهما على محل واحد، فالشركة الفقهية تقوم بين شخصين طبيعيين أو أكثر، مبناها على عنصري المعرفة الشخصية والثقة بين أعضائها، وهي تتضمن الوكالة، بمعنى أن ابتداءها وبقاءها مشروط بها ضرورةً، لأنه لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل شريك في مال شريكه أو شركائه، ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة، والوكالة تبطل بموت الموكل أو الوكيل.

أما الشركات القانونية الحديثة، فإنها تتمتع بالشخصية الحكمية (الاعتبارية) والأهلية والذمة المالية المستقلة عن ذمم الشركاء، والشخصية الاعتبارية لا تموت كما يموت الشخص الطبيعي، ولا تتأثر بموت أحد من أعضائها، فهي قائمة مستمرة ثابتة حتى لو مات جميع أعضائها، وقام عنهم غيرهم فيها، والأعضاء (حملة الأسهم) يدخلون في عضويتها ويخرجون، ويحلُّ الواحد منهم محل الآخر، والشركة باقية على حالها.

وهي لا تتضمن الوكالة - كما هو الحال في الشركة الفقهية - كما أن أموالها وممتلكاتها منفصلة تماماً عن أموال وممتلكات أعضائها، وأعضاؤها ليس لهم أية حقوق عينية في ممتلكات الشركة، وليس لهم ولاية على التصرف في شيء منها بتاتاً، وإنْ كان لهم حقٌّ شخصي في الربح إذا أُعلن أو قُسم⁽٦٣⁾. وعلى ذلك فإن موت أحد الشركاء أو كثير منهم لا يستوجبُ انفساخ عقد الشركة.

---

(٦٢) فتح القدير ١٩٤/٦، رد المحتار ٣٢٧/٤، فتح العزيز ٤٢٤/١٠، أسنى المطالب ٢٥٧/٢، نهاية المحتاج ١٠/٥، بداية المجتهد ٢٥٦/٢، المدونة ٨٤/١٢، المغني ١٣١/٧، كشاف القناع ٥٠٦/٣، ٥٠٧. وقد جاء في م(١٨٣٢) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «تبطل الشركة بموت أحد الشريكين وجنونه المطبق وبالحجر عليه لسفه وبكل ما يبطل الوكالة».

(٦٣) انظر الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص٦٦، ٦٨.

**المسألة السادسة:**

٢٤- لا يجوزُ في المضاربة الفقهية بوجه من الوجوه اقتطاع جزء من العوائد أو الأرباح التي يستحقها المضارب أو ربّ المال من أجلِ إطفاءِ خسارةٍ أو انخفاضٍ في قيمة الأصول قد يحدث في مضاربة أخرى يجريها المضارب في المستقبل، أو من أجل رفع مستوى الأرباح في عقود مضاربة مستقبلية، في حال طروء شيء من ذلك. بينما جرى العمل في المصرفية الإسلامية على جواز اقتطاع المخصصات والاحتياطات لهذا الغرض.

ولا تناقض بين الحكمين في نظري لعدم تواردهما على محلٍّ واحدٍ، نظراً للفارق المؤثر بين المضاربتين الفقهية والمصرفية، والاختلاف الجوهري بينهما في المضمون والهيكل والخصائص والمزايا.

وبيان ذلك أنَّ المضاربة الفقهية - كما أسلفنا- معاقدةٌ بين شخصين طبيعيين تبدأ بتسليم رب المال للعامل رأس مال المضاربة ليدير استثماره، وتنتهي بحسب تصميمها بالتنضيض الفعلي لرأس مالها، وإعادتِهِ لربِّهِ مع ما يستحق من الربح، وفوز المضارب بحصته من الربح المتحقق بحسب النسبة المتفق عليها بين الطرفين في العقد. فهي شركة عقدٍ لفترةٍ محدودةٍ من الزمن، وبعد انقضائها لا يبقى لها أي علاقة بأية مضاربة أخرى يجريها المضارب في المستقبل مع أحد من الناس، ولهذا كانت فكرةُ المخصصات والاحتياطات لا معنى لها في المضاربة الفقهية، ولا داعي لها أصلاً، ولا وجه للقول بجوازها اعتباراً لطبيعة هذه المعاقدة، والغرض المقصود منها.

أما المضاربة المصرفية فهي شركةٌ مستحدثةٌ بين المال والعمل، يجريها المضارب (المصرف) مع أرباب المال (المودعين) باعتباره شخصية حكمية، تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم المودعين والقائمين على إدارة الأموال المودعة فيها، تتصف بالبقاء والدوام والاستمرار، ويتميز الاستثمار فيه بالطابع الجماعي، حيث تُخْلَطُ أموال

المودعين في وعاء واحد، ويُجري المصرف استثمارها مجتمعة فيه لصالحهم، والمودعون يدخلون فيها ويخرجون على الدوام، ويحلُّ الواحدُ منهم محلَّ الآخر، والمؤسسة المالية (المصرف) باقيةٌ على حالها.

ولا يخفى أن تمتع المصرف بالشخصية الاعتبارية، وتميزهُ بصفة الدوام والاستمرار، وجماعيةِ الاستثمار، وحق المودعين في الدخول والخروج بحسب رغبتهم ومصلحتهم، يبرزُ مدى الحاجة إلى اقتطاعه الاحتياطيات والمخصصات للمصالح التي سبق بيانها، ويسوّغُ القولَ بجواز ذلك استثناءً من الأصول والقواعد العامة لداعي الحاجة الماسّة المتأكدة، وتخريجاً على قول الإمام مالك بجواز تخصيص العموم بالمصلحة(٦٤). والله تعالى أعلم

## المسألة السابعة:

٢٥- رأس مال المضاربة أمانة في يد المضارب باتفاق الفقهاء في المضاربة الفقهية، فلا يضمن شيئاً من تلفه أو خسارته إنْ وقع من غير تعدّ منه ولا تفريط، ويؤخذُ بقوله مع يمينه في نفي وقوع التعدي والتفريط منه - كسائر الأمناء- ما لم يُقم ربُّ المال بيّنةً تثبت تعديه أو تفريطه.

أما في المضاربة المصرفية، فلا يؤخذ بقول المصرف إن وقوع التلف أو الخسارة كان بدون تعدّ منه ولا تفريط لنفي الضمان عن نفسه، ولا يطالَبُ بتأكيد قوله باليمين، لأن أداء اليمين من خصائص الشخص الطبيعي (الإنسان)، فلا يتصور صدوره من الشخص الاعتباري أصلاً.

ثم إنَّ مبنى وأساس اعتبار يد المضارب يد أمانة في المضاربة الفقهية ائتمانُ ربّ المال المضارب بناءً على معرفته الشخصية وثقته بأمانته واطمئنانه إلى كفاءته في إدارة أمواله.

---

(٦٤) انظر أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٠٤، ٢٠٦، القبس لابن العربي ٢/٤٦٠، ٦٨٣، ٨٢٠.

وهذا المعنى منتفٍ في مضاربة الفرد مع الشخص الحكمي (المصرف)، لأنَّ رب المال في المضاربة المصرفية لا يعرف شخص مدير الاستثمار عادةً، ولو عَرَفَهُ فلا أثر لمعرفته في ائتمانه، لأنه وسائر موظفي وممثلي المصرف يعرضُ لهم التبدلُ والتغير دائماً. ولهذا لا يكون باعثهُ على استثمار أمواله لدى المصرف ائتمانُه، بل اضطراره إلى ذلك ولو لم يتوفر عنصر الائتمان، نظير ذلك تعامل الناس مع الأجير المشترك، فهم يتعاملون معه لداعي الحاجة دون معرفةٍ شخصية ولا ائتمان.

ومن المعلوم أنَّ الأجير المشترك في نظر المحققين من الفقهاء ضامنٌ لما تحت يده من متاع الزبائن عند وقوع التلف فيه، ما لم يُثبتْ أن ذلك كان من غير تعدّيه ولا تفريطه، مع أن الأصل في يد الأجراء أنها يد أمانة. وهذا الضمان يسمى في الاصطلاح الفقهي بـ(ضمان التهمة).

وكذلك الأمر بالنسبة إلى المصرف الإسلامي، فمع أنَّ الأصل في يده أنها يد أمانة، فإنَّ عبء الإثبات يتنقل إليه استحساناً أو لداعي المصلحة العامة قياساً على الأجير المشترك فيتحمل تبعة ضمان التهمة، فيطالبُ بالبينة على أن وقوع الهلاك أو الخسارة في أموال المودعين كان من غير تعديه ولا تفريطه، فإن قدَّمها فلا ضمان عليه، وإنْ فشل في إقامتها كان ضامناً للهلاك أو الخسارة على الراجح من أقاويل الفقهاء المعاصرين. وبذلك صدرت الفتوى عن المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية (المنعقد في الكويت في ديسمبر ٢٠١١ م).

**المسألة الثامنة:**

٢٦- لا يعتبر إيداعُ مبلغ من المال لدى شخصٍ طبيعي ليحفظه لثالث قبضاً حكمياً من المستفيد في نظر سائر الفقهاء في الفقه الموروث، لأنَّ الشخص القابض ليس له ولايةٌ شرعية على قبضه للمستفيد، فهو ليس بنائب اختياري (وكيل) عن

المستفيد في قبض ذلك المبلغ من الدافع ، كما أنه ليس بولي إجباري أقامَهُ الشرعُ أو القضاءُ مقامه في حفظ ماله وتدبير شؤونه المالية لنقصان أهليته أو فَقْدِها، كالولي والوصي والقيم على مال المحجور عليه. كما أن القابض لذلك المبلغ قد يدفَعُه للمستفيد عند طلبه منه، وقد يمتنع عن دفعه له، وقد يجحدُهُ أو ينكر قبضَهُ، وعلى ذلك فلا يمكن اعتبار قبضه قبضاً حكمياً من المستفيد، لعدم وجود سبب أو موجِبٍ أو مسَوِّغ شرعي لذلك في النظر الفقهي.

وهذا بخلاف الوديعة المصرفية (تحت الطلب) عندما يودعُ شخص طبيعي أو حكمي ذلك المبلغ في حساب المستفيد المصرفي لدى المصرف مباشرةً أو بحوالة مصرفية، فإن ذلك يعتبر قبضاً حُكمياً من المستفيد في نظر الفقهاء المعاصرين(٦٥)، بناءً على المصلحة الراجحة في ذلك، واعتباراً للحاجة والعرف التجاري، لأن القيد الحسابي الذي يقوم به المصرف في سجلاته باعتباره شخصاً حكمياً له ذمةٌ مالية مستقلة، ويتمتع بجملة من المزايا والخصائص التي لا يتمتع بها الإنسان (الشخص الطبيعي) بموجب القوانين والأنظمة واللوائح التي تحكم عمله، يقتضي ذلك الاعتبار، إذ إنه يُثْبِتُ في ذمة المصرف ذلك المبلغ المودع للمستفيد، ويجعله في متناول يده حُكماً (تحت الطلب)، حيث إنه يستطيع فور ذلك أن يتصرف فيه تصرفاً قانونياً كاملاً، ومن غير الممكن للمصرف أن يتهاون في تحقيق ذلك وإنفاذه . وعلى ذلك نص القرار رقم ٥٣ (٤ / ٦) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في دورته السادسة عشرة على الآتي: «ثانياً: إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً ١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل (أ) إذا أُودِعَ في حساب العميل مبلغٌ من المال مباشرةً أو بحوالةٍ مصرفية»(٦٦).

---

(٦٥) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص١٥٧.

(٦٦) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص١١٣.

## المسألة التاسعة:

٢٧- من المقرر في الفقه الموروث لعقد الصرف أنه إذا وقعت مصارفة ناجزة بين شخصين طبيعيين بعمليتين مختلفتين كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي، فَسَلَّمَ مشتري الدولارات بدلَ الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها في مجلس العقد، وقَيَّدَ له بائعُها في المجلس في الحساب الدائن من دفاتره أو سجلاته المبلغ المتفق عليه من الدولارات، فالصرف باطلٌ، لانتفاء التقابض الفعلي للبدلين في مجلس العقد، الذي هو شرط لصحة الصرف، إذ لا يعتبر القيد الصادر من الشخص الطبيعي في دفاتره أو سجلاته لآخر لذلك المبلغ إقباضاً لمضمونه، بحيث يمكن أن ينوب مناب القبض الحقيقي المطلوب في عقد الصرف ويقوم مقامه.

أما إذا وقعت تلك المصارفة بين شخص طبيعي وبين مصرف له فيه حسابٌ مصرفي بالدولار الأمريكي، فَسَلَّمَ له المبلغ المتفق عليه من الدنانير، وقيَّدَ له المصرفُ في الحساب الدائن بدلها من الدولارات في مجلس العقد، فإن عقد الصرف صحيحٌ جائز في قول وفتاوى الفقهاء المعاصرين، نظراً لتحقق التقابض المطلوب لصحة الصرف في البدلين في مجلس العقد، بناءً على اعتبار القيد المصرفي لذلك المبلغ من الدولارات في حساب العميل الدائن قبضاً حُكمياً معتبراً عرفاً وشرعاً، يقوم مقام القبض الحقيقي ويَسُدُّ مَسَدَّه في عقد الصرف الناجز بين المصرف والعميل، اعتباراً للحاجة الماسّة والمصلحة الراجحة والعرف التجاري الجاري.

وأساس ذلك ومبناه أن المصرف شخصٌ حكمي اعتباري، يتمتع بذمة مالية مستقلة، وخصائص وميزات تجعله مخالفاً للشخص الطبيعي (الإنسان) في كثير من الأحكام بحسب القوانين واللوائح والتشريعات الصارمة التي تنظم عمله وتضبطه بهذا

الاعتبار، وذلك يستوجبُ اعتبار قيده المصرفي لمبلغ من المال في حساب عميله الدائن قبضاً حكمياً من قبل العميل لمضمونه، حيث إنه يُثبتُ ذلك المبلغ في ذمته للمستفيد، ويجعله في متناول يده حُكماً (تحت الطلب) بحيث يستطيع فور ذلك أن يتصرف فيه تصرفاً كاملاً.

قال العلامة الزرقا: «أقرت هيئات الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية في موضوع المصارفة التي تجرى بين الأفراد والبنوك أو بين البنوك بعضها مع بعض: أنَّ تسجيل المصرف المبلغ الذي يجب عليه دفعُه للطرف الآخر في الحساب الدائن لذلك الآخر في سجلات المصرف يعتبر أيضاً تسليماً للمبلغ إلى الطرف الأخر الذي سُجِّل له. فإذا تم التسجيل في مجلس عقد الصرف يعتبر تقابضاً صحيحاً اعتباراً، واغتفر أيضاً المدة المضروبة المتعارف عليها اللازمة لإجراء عملية التسجيل، فتعتبر أيضاً امتداداً لمجلس عقد الصرف»(٦٧).

وعلى ذلك نص القرار السابع لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشرة (فبراير ١٩٨٩م): «ثانياً: يعتبر القيدُ في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه»(٦٨).

كما جاء في القرار رقم ٥٣ (٤ / ٦) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في دورته السادسة (مارس ١٩٩٠م): «ثانياً: إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً: ١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل. (ب) إذا عَقَدَ العميلُ عَقْدَ صرفٍ ناجزٍ بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل»(٦٩).

---

(٦٧) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص١٥٧.

(٦٨) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص٢٦٧.

(٦٩) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة ص١١٤.

**المسألة العاشرة:**

٢٨- لا خلاف بين الفقهاء في الفقه الموروث لعقد الصرف في أنه إذا وقعت مصارفةٌ ناجزةٌ بين شخصين طبيعيين بعملتين مختلفتين كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي، فَسَلَّمَ مشتري الدولارات بدل الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها، وأعطاه بائعُها في مجلس العقد وثيقة كتابيةً شخصيةً، تثبتُ أنه مدينٌ له بذلك المبلغ المحدد من الدولارات، مع إحالة له على مدينٍ له بذلك المبلغ، فإن عقد الصرف باطل، وذلك لعدم تحقق التقابض في البدلين المشترط لصحة الصرف في مجلس العقد، إذ لا ينوبُ تسليمُ تلك الوثيقة إليه مناب القبض الحقيقي المطلوب لصحة العقد، ولا تقومُ الإحالة فيها على غريمه بذلك المبلغ مقام القبض المطلوب شرعاً.

أما إذا أعطاه شيكاً مصرفياً صادراً من البنك أو شيكاً عادياً مؤكد الدفع مسحوباً على حسابه لدى البنك، فيعتبر تسليم الشيك إقباضاً حكمياً معتبراً شرعاً لمضمونه، ينوب مناب القبض الحقيقي المطلوب، ويَسُدُّ مَسَدَّه، ويكون عقد الصرف عندئذ صحيحاً جائزاً في نظر الفقهاء المعاصرين تيسيراً على الناس ورفعاً للحرج عنهم فيما يحتاجون إليه من أساليب التعامل المستحدثة.

ومبنى ذلك أن الشيك المصرفي - الذي هو ورقة تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص اعتباري معتمد، وهو المصرف المسحوب عليه، بأن يدفع بمجرد الاطلاع عليه مبلغاً محدداً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد أو لأمره أو لحامل الورقة - يختلف اختلافاً جوهرياً عن الوثيقة الكتابية الشخصية التي تتضمن إحالة على شخص طبيعي مدين لمحرِّرها في الصفات والخصائص والأحكام، ويتميز عليها في القوة والفورية والضمانات والاعتماد القانوني، نظراً لصدوره أو ارتباطه وتعلقه بمصرف يتمتع بالشخصية الاعتبارية، ويخضع في خصائصه وميزاته لقوانين وتشريعات ولوائح تنظم التعامل به، مما يجعل قبضه في العرف التجاري الراهن بمثابة قبض مضمونه.

٢٩- وعلى ذلك جاء في القرار السابع لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشرة: «أولاً: يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف»(٧٠).

وجاء في القرار رقم ٥٣ (٤ / ٦) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السادسة: «ثانياً: إنَّ من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً: (٢) تَسَلُّمُ الشيك إذا كان له رصيدٌ قابلٌ للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه للمصرف»(٧١).

وقال الأستاذ الزرقا: «أقرَّ فقهاءُ العصر، والمجمعان الفقهيان في مكة وجدة، وهيئات الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية اليوم أن الشيك (الصكّ) الصحيح، المحرر وفقاً للقانون، وله رصيدٌ وافٍ لدى البنك المسحوب عليه، يعتبر تسليمه من محرِّرِهِ وموقِّعِهِ إلى المُحَرَّرِ لأمره بمثابة تسليم المبلغ الذي يتضمنه.

وذلك لأن الشيكات تتمتع بمزايا خاصة في القانون والتعامل التجاري ليست لغيرها من الأوراق المالية، فهي لا تقبل التأجيل - كالكمبيالات- بل يجب على المصرف المسحوب عليه دفع مضمونها لحاملها المُحَرَّرِ لأمره أو للمظهّرةِ إليه فَوْرَ إبرازها، كما أن تحريرها دون أن يكون لها رصيدٌ وافٍ بها لدى المصرف المسحوبة عليه يعتبر جُرْماً قانونياً يُعاقب عليه محرِّرُها بعقوبةٍ شديدةٍ زاجرة.

فبناءً عليه: إذا اشترى شخصٌ نقوداً من نوع بنقودٍ من نوع آخر مصارفة، فدفع البائع في المجلس المبلغ الذي باعه، وسَلَّمَهُ الآخر شيكاً صحيحاً بالمبلغ المقابل، أو سَلَّمَ كلٌّ منهما الآخَرَ شيكاً صحيحاً بالمبلغ المستحق عليه، يعتبر أن التقابض قد تحقَّق.

أما إذا لم يكن لمحرر الشيك رصيدٌ يغطيه لدى المصرف المسحوب عليه، فلا عبرة عندئذٍ بتسليم شيك غير صحيح، إذْ يصبحُ ذلكَ وسيلةً للمراباة»(٧٢).

---

(٧٠) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي ص٢٦٨.

(٧١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص١١٣، ١١٤.

(٧٢) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص١٥٦.

# الخاتمة
## (في أهم نتائج البحث)

**لقد انتهينا في هذه الدراسة إلى تقرير ما يلي:**

(أ) إنَّ المضاربة المصرفية – كما تُجريها البنوك الإسلامية المعاصرة – ليست ذات المضاربة الفقهية في صورتها التاريخية البسيطة، القائمةِ على عنصري المعرفة الشخصية والثقة بالمضارب، والمتضمنة عَقْدَ الوكالة الشخصي (أي توكيل ربِّ المال عامل المضاربة في التصرف بماله دون أن يُملِّكهُ إياه) وفق ما كان متعارفاً عليه بين الناس في العصور السالفة من صور وأساليب المشاركة التجارية البدائية بين رب المال والعامل، حيث كانت العلاقة فيها تتم بين شخصين طبيعيين، ولمدة محدودة من الزمن، نظراً لمحدودية عمر الإنسان.. خلافاً للمضاربة المصرفية المعاصرة، التي يتولى إدارة أعمالها وأموالها شركات مساهمة، تتمتع بالشخصية الاعتبارية، والذمة المالية المستقلة، ضِمْنَ منظومةٍ عقديةٍ مستحدثة، مستفادةٍ من الطرائق والأساليب التي أثمرها التطوّرُ الاقتصادي والتجاري والمصرفي الحديث، وتحكمُها مجموعةٌ من القوانين واللوائح والنظم الإلزامية، وفقاً لمفهوم الشخصية الحُكمية وطبيعتها وخصائصها المقررة في التقنينات الغربية السائدة. ولعقد المضاربة فيها – بحسب تصميمها وهيكلها – طابعٌ مؤسسيٌ، وطبيعةٌ جماعيةٌ مستمرةٌ، تتصف بالدوام والتجدّد التلقائي، ولا تعتمدُ على عنصري المعرفة الشخصية والثقة، ولا تقومُ على عقد الوكالة الشخصي للمضارب من قِبلِ ربِّ المال (العميل)، ولا يكون للعميل فيها أيَّةُ حقوق عينيّة على شيءٍ من موجودات المصرف، ولا يكون له أي ولاية على التصرف أو الانتفاع في شيءٍ منها.

ونظير ذلك: المرابحةُ المصرفية (للآمر بالشراء) التي هي غير المرابحة الفقهية (التي

هي من بيوع الأمانة) والوديعةُ المصرفية التي هي غير الوديعة الفقهية، والحوالةُ المصرفية التي هي غير الحوالة الفقهية، والمصارفة المصرفية هي غير المصارفة الفقهية.. الخ، وإنْ كان بينهما قدرٌ من الشَّبهِ والأحكام المشتركة. غير أنه لا يصحُّ قياسُ مستجدات الأولى على الثانية، أو تخريجُ أحكامها عليها، نظراً لوجود الفارق المؤثّر بينهما، إذْ إنَّ من شروط إلحاقِ مسألةٍ بأخرى في الحكم الشرعي اشتراكهما في مناط الحكم مع انتفاء الفارق.

(ب) وبناءً على تحقق الفارق المؤثّر بين المضاربتين في الطبيعة والخصائص والشروط، ونظراً لابتناء أحكام المضاربة المصرفية على أساس الشخصية الحكمية (الاعتبارية)، وخضوعها للقوانين واللوائح المنظمة للعمل المصرفي، فقد تباينَتْ أحكامُ مستجدات المصرفية الإسلامية، واختلفَتْ عما هو مقرّرٌ في شبهها من أحكام المضاربة الفقهية التقليدية، وذلك في قضايا ومسائل كثيرة، أهمها:

١- عدم انفساخ عقد المضاربة المصرفية بموت ربِّ المال (العميل / العملاء)، وعدمُ تأثره بما قد يُسمّى (بموت المضارب)، حيث إنَّ موتَ مدير الاستثمار أو المدير التنفيذي أو غيرهم من المسؤولين أو العاملين أو حملة الأسهم لا يؤثّر على بقاء المصرف واستمراره، ودوام شخصيته الاعتبارية، وذمته المالية المستقلة.

٢- المضاربة المصرفية عقدٌ لازمٌ في حقّ طرفيه قبل شروع المضارب في العمل وبعده، ما لم تتضمن الاتفاقية بين المصرف والعمل خلاف ذلك.

٣- يصحُّ خروجُ رب المال (المستثمر) من المضاربة المصرفية قبل التنضيض الحقيقي لمال المضاربة، ومن ثَمَّ يكون له استرجاعُ رأسِ ماله مع حصته التقديرية من الربح على أساس التنضيض الحكمي.

٤- يجوز في المضاربة المصرفية اقتطاعُ المصرف جزءاً من العوائد والأرباح التي يستحقها المضارب أو ربُّ المال (المخصصات والاحتياطيات) من أجل

استخدامه في إطفاء خسارةٍ قد تحدثُ في المستقبل، أو انخفاضٍ في قيمة مجموع الأصولِ أو بعضها، أو من أجل رفعِ مستوى الأرباح في حال طروء شيءٍ من ذلك في الفترة أو الفترات المالية القادمة.

٥- لا يؤخذ في المضاربة المصرفية بادّعاء المصرف وقوعَ هلاكٍ أو خسارةٍ في مال المضاربة بدون تعدٍّ منه ولا تفريط، ولا يتوجَّهُ إليه الطلبُ بتأكيد قوله ولا تقويتِهِ باليمين، ولكن ينتقلُ عبء الإثبات إليه، فيطالَبُ بالبيّنة على أن وقوع التلف أو الخسارة كان من غير تعدّيه أو تفريطه. فإن فشِلَ في إقامتها -من خلال ممثليه- كان ضامناً للهلاك أو الخسارة.

٦- يعتبرُ إيداعُ شخصٍ مبلغاً من المال في حساب آخر لدى المصرف مباشرةً أو بحوالةٍ مصرفيةٍ قبضاً حكمياً من المستفيد، وتترتبُ عليه أحكامه الشرعية.

٧- إذا وقعت مصارفةٌ ناجزةٌ بين شخصٍ طبيعي وبين مصرفٍ له فيه حسابٌ جارٍ بعملة ما، فسلَّمَ العميلُ المصرفَ العِوضَ المتفق عليه بالعملة الأخرى، وقيَّدَ له المصرفُ في حسابه الدائن لديه بدلَهُ من العملة الأخرى في مجلس العقد، فيعتبرُ عَقْدُ الصرفِ المبرمُ مع المصرف في هذه الصورة صحيحاً مشروعاً.

٨- إذا وقعَتْ مصارفةٌ ناجزةٌ بين شخصين طبيعيين بعملتين مختلفتين، فَسَلَّمَ أحدُهما للآخر بدلَ الصرف المتفق عليه بالعملة الأولى، وأعطاهُ الآخرُ عوضه بالعملة الأخرى في شيك مصرفي - أو شيك شخصي مؤكد الدفع - مسحوبٍ على حسابه المصرفي في مجلس العقد، فيعتبر تسليم الشيك إقباضاً حُكمياً لمضمونه، ينوبُ مناب القبض الحقيقي المطلوب لصحة عقد الصرف، ويقوم مقامه في النظر الفقهي. والله تعالى أعلم.